

DR 29 320

Seguramente profesora Díaz Zambrona, con un ejemplo entenderíamos todo mejor lo que acaba de exponer. ¿Es posible que lo pueda exponer y desarrollar ahora? Partamos del siguiente supuesto de hecho. Un automovilista cualquiera decide dejar el coche en un aparcamiento un par de horas.

Para ello sólo tiene que penetrar con el coche, recoger el ticket, dejar el coche, marcharse, volver poco después, recoger el coche, pagar y salir. Todo ello sin que sea necesario intercambiar una sola palabra con el encargado del estacionamiento. Estamos ante un supuesto típico de relación contractual fáctica.

¿Dónde están las declaraciones de voluntad del automovilista y del encargado del emparcamiento? Si ni uno ni otro han dicho nada. No hubo tampoco oferta ni aceptación. No existió por consiguiente consentimiento respecto a los derechos adquiridos y las obligaciones asumidas por los contratantes determinantes de nacimiento de una relación obligatoria.

La realidad sociológica nos demuestra que en el tráfico cotidiano nadie duda que en los hechos relatados se encierra un acuerdo. Pero lo que nosotros tenemos que determinar es si ese acuerdo es o no constitutivo de un contrato. Para que exista contrato, nos dice el Código Civil en su artículo 1261, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos.

Consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia de contrato y causa de la obligación que se establezca. De los tres elementos, el único que plantea problema es el primero, pues objeto y causa existe en el supuesto relatado. Según el Código Civil, el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, según establece el artículo 1262 de dicho cuerpo legal.

Los partidarios de la teoría que estamos analizando nos dicen que las relaciones contractuales fácticas no se dan, ni la oferta ni la aceptación. Sin embargo, esto no es cierto, porque, como ustedes recordarán del curso pasado, cuando estudiábamos las declaraciones de voluntad, decíamos que estas podían ser expresas y tácitas, según que su manifestación se hiciera mediante palabra oral o escrita o mediante acto. O, según otra teoría, serían expresas las dirigidas a constituir el negocio jurídico y tácitas aquellas que no iban dirigidas a constituir ese negocio jurídico, pero dicho negocio suponía una situación jurídica persistente.

Pues bien, cualquiera que sea la posición adoptada frente a estas dos teorías, en el ejemplo que hemos puesto se encierran dos declaraciones de voluntad. Existe, por tanto, oferta y aceptación. Existe oferta porque en ese momento el aparcamiento está abierto y el potencial usuario puede penetrar en él.

No es necesario que esté un empleado en la puerta y le diga al señor que tiene a su disposición el aparcamiento. La empresa le invita a pasar, le está ofreciendo en suma la utilización de su servicio a cambio de un precio. Existe aceptación porque el conductor penetra en el

aparcamiento y recoge el ticket.

Desde ese momento manifiesta una voluntad, mediante un hecho dirigida, a establecer un contrato del que se van a derivar una serie de derechos y obligaciones para ambas partes, con su conducta consciente en el contrato y asume la obligación de pagar la cantidad de dinero correspondiente al número de horas de permanencia de su coche en el aparcamiento. A su vez, la empresa se obliga a permitir el estacionamiento del coche y a vigilarlo sin que se haga responsable, la mayoría de las veces, de la pérdida o destrucción de los objetos que se hayan dejado dentro del coche. De ello resulta que en esta relación contractual fática concurren los requisitos necesarios establecidos por el artículo 1261 para la existencia de un contrato.

La especialidad radica únicamente en la forma de manifestación de la voluntad por parte de las contratantes, sin afectar a la propia naturaleza del contrato. Para finalizar, profesora María Dolores de Zambrona, como ya saben los alumnos, este es el último programa de Civil II antes de la primera prueba presencial. ¿Tendría algunos consejos o orientaciones para los alumnos de Civil II? Como este guión que acabamos de grabar es el último anterior a la primera prueba presencial, es conveniente recordarles, a pesar de que en el programa de este año hemos incluido una serie de notas donde se aclaran estas cuestiones, cómo va a ser el examen o, mejor dicho, cómo es la estructura del examen.

Va a constar de cuatro preguntas para contestar solamente a tres. Tres serán del epígrafe del programa y una un comentario de artículo. Los alumnos, libremente, pueden elegir de estas cuatro preguntas tres solamente.

No es necesario que se inclinen por el comentario de artículo. Si en realidad conocen o pueden contestar a las otras tres preguntas y dudas sobre el comentario de artículo, yo les aconsejaría que se decidiesen por las preguntas del programa. El comentario de artículo es una de las preguntas que los alumnos dudan más sobre cómo debe de responderse.

Se debe hacer buscando siempre el ámbito de aplicación del artículo. No se trata de que los alumnos me pongan lo que dice el artículo con otras palabras, sino de saber cada palabra del artículo, cómo se debe interpretar, hasta dónde llega y qué supuestos derechos son los que se susumen en el artículo. Yo creo que es muy importante para todo el estudiante de derecho, porque luego, cuando termine la carrera, cualquiera que sea la profesión elegida o el camino a seguir, tendrá que enfrentarse con esa problemática de saber, con esa actitud, hasta dónde o si se puede este artículo aplicar al supuesto derecho que se le plantea en su despacho, en su oficina o en cualquier lugar que le hagan una pregunta a este respecto.

También quería aclararle que las preguntas serán generalmente bastante amplias y que yo prefiero que me contesten todo lo que sepan de la pregunta. O sea, que no teman extenderse la pregunta, alegando que luego esto nos crea mucho trabajo. Para calificar, para mí es mucho mejor que todo lo que sepan de la pregunta que va incluida en el examen lo contesten.

O sea, que pretenda no ser muy escueto ni muy concreto. Con esto no quiero decir que yo les

pregunte de un tema y me conteste en otro tema distinto, no, sino que se refiere siempre al mismo tema, pero que todo lo que sepan me lo contesten en el examen. Finalmente les quiero decir que tengan mucha suerte en el examen y que me obliguen a aprobar a todos.

O sea, que no tenga que poner mucho no acto, sino que les pueda poner buenas notas a todos los alumnos. Estás escuchando Revista de Derecho, un programa de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Ahora en la revista, un caso práctico de Derecho Internacional Público.

Don José Puentejido comentará el caso en LOTUS. Es muy interesante el que prestéis gran atención a su intervención, pues la resolución de un caso práctico es una de las preguntas que se pondrán en la primera prueba presencial. Buenas noches, profesor Puentejido.

Buenas noches. Esta noche va a desarrollar un caso práctico, el caso del LOTUS, que es uno de los casos más importantes dentro del Derecho Internacional Público, ya que trata los temas centrales y por eso viene muy bien para la temática general del Derecho Internacional Público. Si le parece, vamos a dar lectura a este caso.

Sí, de acuerdo. De resueltas de una colisión en alta mar, el buque francés LOTUS hundió a otro turco con pérdidas además de vidas humanas. Surto el buque francés en Puerto Turco, los tribunales penales turcos procesaron al oficial responsable de la navegación en el momento de la colisión, por entender que existía responsabilidad penal.

El gobierno francés sostenía que el procesamiento era improcedente porque las autoridades turcas carecían de jurisdicción. En este estado de la cuestión se pusieron de acuerdo ambos gobiernos para llevar el asunto ante el Tribunal Permanente de Justicia Internacional. La sentencia recaída se fundó en los siguientes argumentos.

a. El Derecho Internacional rige las relaciones entre estados independientes. Estas normas nacen de la propia aceptación de los estados en virtud de tratados o costumbre. No se puede presumir restricción a esta independencia originaria de los estados.

b. No existe una prohibición por normas internacionales que impida a los estados dar efecto extraterritorial a sus leyes en general. Sólo de modo excepcional podría aprobarse la existencia de una tal prohibición en casos concretos. c. La mera abstención, manifestada reiteradamente en actos concretos, no es prueba por sí misma de la existencia de una norma internacional.

d. Los mismos principios se aplican en concreto a las leyes penales, no obstante el carácter eminentemente territorial de este derecho. En consecuencia, la conducta de los tribunales turcos procesando al oficial de Marina Francés no podía ser tachada de contraria al Derecho Internacional. Bien, pues como ustedes terminan de ver, se trataba de ese conflicto entre dos países y ellos se ponen de acuerdo en acudir al Tribunal Internacional de Justicia, entonces se le llamaba el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, para que dirimiera un punto que era, en el fondo, el que estaba en la base de toda la discusión.

Si el Estado turco, al extender la competencia penal de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales sobre un hecho presuntamente criminal que había tenido lugar en alta mar, estaba procediendo o no de acuerdo con los principios del Derecho Internacional. En caso de que fueran contrario, evidentemente entonces la conducta del Estado turco tenía que ser tachada. Y la primera idea a recoger, que está en el apartado B, es la siguiente.

¿Cuál es el nivel de obligaciones que, en términos generales, los Estados de la comunidad internacional tienen, en tanto que miembros de esa comunidad? Y el tribunal acepta que esas obligaciones nacen o bien de tratados o bien de costumbre, y dice el tribunal que hay una presunción favorable a la libertad originaria en que están todos los Estados. De modo que, si por costumbre o por ley ha surgido una obligación que les vincula, ellos tienen que acomodar su conducta a esa obligación. Mientras que, por el contrario, si no es posible probar la existencia de una regla consuetudinaria o convencional, los Estados tienen una libertad plena de hacer, por decirlo de alguna manera, lo que les venga en gana, puesto que el Derecho Internacional no les vincula.

Evidentemente, esa afirmación sigue siendo hoy todavía exacta, pero para hacerlo en su integridad necesita estar matizada y completada con algunas otras ideas que en esa primera afirmación del tribunal no aparecen. De modo que hoy se podría decir que el Tribunal Internacional de Justicia ya no utilizaría, para afirmar la misma noción, no utilizaría esa fórmula u otra semejante, y vamos a ver precisamente por qué. Si ustedes se fijan, hay en esa afirmación una manifestación de la conocida tesis voluntarista.

Lo primero es la libertad originaria en la que están los Estados, y después vienen las obligaciones que el Derecho Internacional impone y que son una restricción a esa libertad. Es decir, se trata de la consagración sin atenuaciones ni matices, de eso trataremos después, de la idea fundamental, básica todavía hoy en el Derecho Internacional, de que el consentimiento es la fuente de toda obligación internacional. Pero nosotros debemos saber ya que esto es cierto de modo relativo.

En términos absolutos sólo es aplicable en lo que se refiere a las obligaciones que se establecen por tratado internacional. Un tratado internacional ciertamente sólo obliga a los Estados parte en él en la medida en que lo hayan consentido, y si no, no les obliga. Pero ya no lo es respecto de la costumbre en donde es posible que surja una obligación internacional para un Estado en concreto sin que éste haya realizado un acto expreso de aceptación de esa regla consuetudinaria, salvo la restricción que establece hoy la jurisprudencia de este Tribunal en el conocido caso de la Plataforma Continental, diciendo que una costumbre internacional, como ustedes habrán aprendido ya, no surge sin la participación de los Estados de la comunidad internacional vistos en su mayoría, y en ese grupo deben de estar de todas formas comprendidos aquellos que más directamente afectados resulten por la creación de esa nueva regla consuetudinaria.

Si tenemos en cuenta, por otra parte, que en los últimos años a partir de 1945 se ha producido

una incorporación masiva de nuevos Estados que están vinculados también por las viejas reglas consuetudinarias del derecho internacional, aunque esto algunas veces esos nuevos Estados lo han querido desconocer, tenemos ya una prueba suplementaria de que hay reglas internacionales que vinculan a todos los Estados, aunque haya muchos que no han contribuido directamente a su formación. Pero sobre todo, es mucho más clara esta idea si nosotros nos atenemos a la noción hoy tan moderna y actual del *jus cogens* internacional, es decir, de un derecho que se impone obligatoriamente a todos, inclusive a aquellos que desearían por acuerdo internacional excluir la obligación internacional que ya nace de ese derecho consuetudinario o convencional, eso es un problema que debería discutirse, de *jus cogens*, es decir, de *jus necesario* que se impone a todos por igual y que declara y establece la nulidad del pacto en contrario a esa regla *jus cogens*. Y recordamos el punto B, no existe una prohibición por normas internacionales que impida a los Estados dar efecto extraterritorial a sus leyes en general, sólo de modo excepcional podría aprobarse la existencia de una tal prohibición en casos concretos.

Sí, si nosotros acudimos a lo que ya sabemos de derecho penal y particularmente a las cuestiones que se tratan en el conocido tema de la ley penal en el espacio, nosotros recordaremos que los Estados todos organizan su sistema penal con arreglo a determinados principios básicos. El primero y principal es ciertamente la fijación de la competencia o de la jurisdicción por razón del territorio, la llamada competencia territorial, esto es, la del lugar de la comisión del acto presuntamente delictivo, pero este no es el único, aunque sea el más importante, hay otros criterios entre ellos y el que ahora nos interesa más es el llamado de la personalidad activa o pasiva, está después en segundo lugar el del bien jurídico lesionado o el de la competencia universal para los llamados *delicta juris gentium* e incluso de modo subsidiario el principio, el llamado principio de la representación. No vamos a entrar aquí en esas cuestiones que son más bien de derecho penal, pero sí lo que nos interesa es saber que todos los Estados en principio, tanto en el derecho penal y de eso trataremos más adelante, pero también en el derecho civil, es decir, en las leyes de carácter civil o mercantil, en las procesales, en las fiscales, etcétera, etcétera, nunca reducen el ámbito de aplicación de estas normas jurídicas a el ámbito de su soberanía territorial, sino que lo extienden a ámbitos diferentes.

Por ejemplo, el llamado derecho internacional privado que ustedes estudiarán en quinto curso se funda básicamente en este fenómeno, en el de la aplicación extraterritorial de las leyes de los Estados, y es esta idea precisamente la que manifiesta aquí el Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Sólo, de modo excepcional, los Estados dan a sus leyes un efecto estrictamente territorial. Lo ordinario es que esas normas, además de recibir una aplicación territorial, pueden también vincular en determinadas condiciones conductas humanas realizadas fuera de ese espacio jurisdiccional o de soberanía estatal.

El tercer punto que argumentó la sentencia decía, la mera abstención manifestada reiteradamente en actos concretos no es prueba por sí misma de la existencia de una norma internacional. Sí, fíjense ustedes, esta tercera idea tiene muchísimo que ver con lo que ustedes

han estudiado, o van a estudiar, porque lo deben estudiar muy bien, este es un punto esencial, en la formación y en los criterios de formación de la regla consuetudinaria. Porque en esta afirmación tiene ustedes concentrada prácticamente toda la teoría de la regla de creación de normas consuetudinarias en virtud de actos de omisión.

Y verán, si los actos humanos tanto consisten en un hacer como en un no hacer, la carga intencional que tiene un acto positivo, que repito, puede dar paso a la norma jurídica consuetudinaria, en la medida en que la repetición de este acto manifieste la necesidad social, es el problema de la opinio juris seu necessitatis, no hay razón alguna en principio para negar que tal efecto puedan tenerlo también las omisiones, es decir, las abstenciones por parte de los sujetos de una determinada comunidad. También, por lo tanto, en una omisión puede haber esa carga intencional que manifiesta la necesidad social de esa práctica. Ahora bien, el problema está, y tanto para el derecho internacional como para cualquier otro sistema jurídico, en probar la intencionalidad que esté detrás de esa abstención o de esa omisión.

Porque es manifiesto que de los actos positivos se deriva siempre con mayor o menor dificultad al principio y a la larga, por eso la concreción y la necesidad de la repetición de sus actos. A la larga, digo, siempre de un modo bastante claro cuál es la intencionalidad que subyace a un acto positivo. En cambio, esto no es tan fácil respecto de las omisiones, es decir, de las abstenciones, que pueden estar motivadas por razones muy diversas y que nada tendrían en principio que ver con esa necesidad social que la práctica repetida debe, en todo caso, siempre manifestar.

Y por último, el último argumento, en este caso el caso Lotus, decía así, los mismos principios se aplican en concreto a las leyes penales, no obstante el carácter eminentemente territorial de este derecho. Sí, vean, las tres consideraciones anteriores orientan definitivamente la solución que el tribunal va a dar a el problema concreto, tal y como nosotros al principio lo mencionábamos. ¿Por qué razón tiene el Tribunal Permanente de Justicia Internacional interés en decir que esta argumentación se aplica también a las leyes penales? Pues muy sencillo, porque de todas las reglas jurídicas son precisamente las penales las que tienen una mayor fijación territorial.

Nuestro Código Civil, por ejemplo, sigue diciendo en su artículo 8.1, las leyes penales, etcétera, obligan a todos los que se hallen en territorio español, es decir, sin distinción de nacionalidades o de estatutos personales, las leyes penales obligan a España a todos, españoles y extranjeros. Pero, como decíamos ya también, antes esto no es obstáculo a que todos los estados, a pesar de esa territorialidad eminente de la ley penal, den siempre un determinado efecto extraterritorial a su derecho criminal. Y es aquí donde residía, como les decía antes, el meollo de la disputa entre Francia y Turquía.

Francia sostenía que era contrario al derecho internacional tanto la aplicación de la ley penal turca a un hecho que hubo lugar en alta mar, como la de que los tribunales turcos se declararan competentes para enjuiciar la conducta presuntamente criminal por negligencia del

oficial francés responsable de la navegación en el momento en que el Lotus colisiona con el buque turco. Y es cierto que en la práctica internacional podía probarse que en estas ocasiones de colisión de barcos en alta mar los estados, existían precedentes, se habían abstenido de encausar al capitán del buque o al responsable en última instancia de esa colisión. Pero, y aquí residía el problema, esas abstenciones que constaban claramente que los estados habían omitido de encausar a esa persona no probaban necesariamente que los estados se hubieran abstenido de encausar por la conciencia de que existía una práctica obligatoria de no proceder de esa manera.

Si nosotros terminamos de afirmar además que todos los estados prácticamente incluido Francia dan un efecto extraterritorial a sus leyes penales, por ejemplo, España puede castigar y castiga en determinadas condiciones conductas de franceses en Francia que el derecho español estimaría que son lesivas al orden jurídico español, pues entonces con mayor razón podrá incriminarse por esos estados la conducta de cualquier persona que haya tenido lugar en alta mar donde por definición no hay *lex loci*, es decir, no hay ley del lugar de la comisión y por no haberla los estados, por decirlo de alguna manera gráfica, los diferentes estados proyectan sobre ese espacio libre de modo convergente sus propias leyes y sus propias competencias. En el caso concreto, pues, no se podía reprochar a Turquía que hubiera extendido la competencia de la ley penal y de sus tribunales para el enjuiciamiento presuntamente delictivo de la conducta negligente de un oficial responsable de la navegación en el momento en que se produce esa situación. Bien, es verdad que en este caso se desconoce algo que hoy es muy importante en el derecho internacional del mar y es el respeto a la competencia de cada estado del pabellón sobre el buque que enarbole su pabellón en alta mar.

Esta es la solución que al final ha prevalecido en la tercera convención sobre el derecho del mar, pero discutirla aquí nos llevaría muy lejos. No es presumible que todavía ustedes hayan tratado y estudiado esta materia y por hoy puede quedar en este punto el comentario de este caso.